Journal of Fiqh and Usul
Vol. 51, No. 3, Issue 118
Autumn 2019
DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v51i3.66194

فقه و اصول
سال پنجاه و یکم، شماره ۳، شمارهٔ پیاپی ۱۱۸
پاییز ۱۳۹۸، ص ۷۰-۴۹

اسباب تحقق و زوال احصان در جرائم منافی عفت با رویکردی به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲*

دکتر عبداله بهمن‌پوری[۱]
استادیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج
Email:bahmanpouri10@gmail.com
دکتر قاسم نظری کُلَه جوبی
دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه یاسوج
Email:ghasemnazari60@gmail.com

چکیده

در فقه امامیه در خصوص اسباب تحقق و زوال احصان و نحوه تأثیر آن در مجازات‌ها اختلاف نظر وجود دارد. اولین بحث در این زمینه، شناخت مفهوم احصان است. اینکه احصان و عنصر اصلی تحقق آن چیست، از اهم مسائل در فقه جزایی در باب جرائم منافی عفت است. فقها در تعریف احصان قیودی را به کاربرده‌اند که هر یک از این قیود می‌تواند معنا و مصادیق احصان را متفاوت سازد. تفاوت‌هایی در بیان مصادیق محصن یا محصنه در کلمات فقها دیده می‌شود که به نظر می‌رسد موجب تغییر نگرش قانون‌گذار در بحث احصان در دو قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ شده است. پژوهش حاضر در پی پاسخ به این پرسش که عنصر اصلی تحقق و زوال احصان چیست؟ به روش توصیفی و تحلیل عقلانی به این نتیجه رسیده که ملاک احصان به طورکلی امکان تمتع است و برخلاف آنچه در قانون مجازات اسلامی مقرر شده است، همسر موقت نیز می‌تواند موجب تحقق احصان شود.

کلیدواژه‌ها: احصان، اسباب تحقق و زوال احصان، امکان تمتع، همسر موقت.

---

*. تاریخ وصول: ۱۳۹٦/۰٤/۲۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹٦/۱۲/۱۹.
۱ . نویسنده مسئول

Causes of Realization and Disappearance of the State of Being Married in Crimes against Chastity with a View to Islamic Penal Code of 2013

Abd Allah Bahman Pouri, Ph.D., Assistant professor, Department of Theology, Yasuj University (corresponding author)

Ghasem Nazari Kolah Jouei, Ph.D. Graduate of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Yajuj University

Abstract

In Imamia jurisprudence, there is controversy over the causes of realization and disappearance of the state of being married and how it affects penalties. The first issue in this regard is the notion of being married. The questions what is being married and what is the essential element of its realization are among the most significant issues in the area of crimes against chastity in Islamic criminal jurisprudence. The Islamic jurists have applied constraints in defining the status of being married any of which may make the concept and examples of being married different. Some differences are observed in the statements of Islamic jurists when declaring the examples of married man or woman which appear to have led to the change of the legislator's attitude towards the status of being married in the two Islamic penal codes of 1990 and 2013. The present study intends to answer the question what is the essential element of realization and disappearance of being married. The study, through a descriptive method and rational analysis has concluded that the criterion of being married is the possibility of enjoyment and contrary to what has been stated in the Islamic penal code, temporary spouse may be a cause of being married as well.

Keywords: state of being married, causes of realization and disappearance of the status of being married, possibility of enjoyment, temporary spouse.

مقدمه

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در بندهای (الف و ب) از ماده ۲۲۶، شرایط تحقق احصان را چنین بیان می‌دارد:

الف- احصان مرد عبارت است از آن که دارای همسر دائمی و بالغ باشد و در حالی که بالغ و عاقل بوده، از طریق قبل با وی در حال بلوغ جماع کرده باشد و هر وقت بخواهد امکان جماع از طریق قبل را با وی داشته باشد.

ب- احصان زن عبارت است از آن که دارای همسر دائمی و بالغ باشد و در حالی که بالغ و عاقل بوده، با او از طریق قبل جماع کرده باشد و امکان جماع از طریق قبل را با شوهر داشته باشد. همین معنا از احصان در بحث لواط نیز تکرار شده است.

این در حالی است که قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در ماده ۸۳ چنین مقرر نموده بود:

«حد زنا در موارد زیر رجم است. الف- زنای مرد محصن، یعنی مردی که دارای همسر دائمی است و با او در حالی که عاقل بوده جماع کرده و هر وقت نیز بخواهد می‌تواند با او جماع کند. ب- زنای زن محصنه با مرد بالغ، زن محصنه زنی است که دارای شوهر دائمی است و شوهر در حالی که زن عاقل بوده با او جماع کرده است و امکان جماع با شوهر را نیز داشته باشد».

تفاوت‌های اساسی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با قانون مصوب ۱۳۷۰ درباب احصان از قرار زیر است:

۱- بلوغ همسر برای احصان مرد شرط شده است.

۲- نزدیکی از قُبل شرط شده است.

۳- اسبابی مانند مسافرت، حبس و سفر از باب تمثیل به عنوان اسباب زوال احصان معرفی شده است. (ماده ۸۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و ماده ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)

۴- شرط احصان برای مجازات مفعول لواط (ملوط) حذف شده است. (ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)

۵- اذن تبدیل مجازات رجم به قاضی با لحاظ شرایطی داده شده است (ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)

تفاوت‌های آشکار یاد شده دو قانون مجازات که همگی خبر از وجود اختلاف نظر فقها و نیز وجود ابهاماتی چند در تعریف قانون‌گذار از احصان، می‌دهد، نوشتار حاضر را برآن داشت به تفصیل، موضوع را بررسی نموده تا به تعریف دقیق وصحیحی از احصان دست یابیم که درمقام اجرا از سوی محاکم قضایی،

با کمترین ابهامات و مشکلات روبرو باشد. بر این اساس مقاله حاضر که مستخرج از رساله دوره دکتری است، در پی پاسخ به پرسش‌های زیر است:

اینکه شاخص‌های دقیق تشخیص و تحقق احصان چیست؟ شرایط زوال احصان برای هریک از زن و مرد کدامند؟ معنای تعبیر «امکان جماع زن» که در قانون تصریح شده است چیست؟ ملاک سفر، حبس، بیماری برای زائل کردن وصف احصان کدام است؟ و سرانجام آیا داشتن همسر موقت نیز می‌تواند موجب تحقق احصان شود؟

ذکر دو نکته ضروری است. اول این که شرایط تحقق و زوال احصان در هر دو جرم زنا و لواط یکسان است. (ماده ٢٢٦ و تبصره ٢ ماده ٢٣٤ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) دوم این که برخلاف قانون مجازات اسلامی، برخی فقها احصان را در اعمال مجرمانه تفخیذ، مساحقه و زنای با میت، موثر می‌دانند. (حرعاملی، ۲۸/ ١٦ و ١٦٦، احادیث ٣٤٤٦٧ تا ٣٤٤٧٠؛ گلپایگانی، ٢/ ٥٣ - ٥٧؛ حسینی روحانی، ٢٥/ ٤٥٥ - ٤٥٧؛ خوئی، ٤١/ ٢٤٥ و ٣٠٠ - ٣٠٢).

پیشینه تحقیق

پیرامون احصان و شرایط آن علاوه بر آنچه در کتب فقهاء در مبحث حدود آمده است، به تحقیقات زیر نیز می‌توان اشاره کرد:

الف: پایان‌نامه: با بررسی صورت گرفته در خصوص احصان، پایان‌نامه‌ای با عنوان بررسی فقهی حقوقی شرایط احصان در جرم زنا در مقطع کار شناسی ارشد توسط آقای میلاد کشوری در سال ۱۳۹۳ با راهنمایی آقای روشنعلی شکاری نگاشته شده است. در این پایان نامه به بررسی شرایط تحقق احصان پرداخته شده است.

ب: مقالات: آقای کیومرث کلانتری مقاله‌ای با عنوان زنای محصنه و اثبات آن (۱۳۸۸) نگاشته و در آن یک پرونده مربوط به زنای محصنه را تحلیل و بررسی نموده است. هم‌چنین آقای محمد ابراهیم جناتی مقاله‌ای با عنوان بررسی مبانی فقهی رجم ثبوتا و اثباتا (۱۳۸۹) به رشته تحریر درآورده و در آن به بیان ادله فقها و علمایی که قائل به مشروعیت رجم شده‌اند و بیان اسباب و شرایطی که باعث حکم رجم می‌شوند و نیز بیان شرایطی که مجریان حکم باید داشته باشند پرداخته است. آقای سید مصطفی محقق داماد نیز با نوشتن مقاله رجم از دیدگاه قرآن و سنت (۱۳۸۸) به بررسی تطبیقی رجم در ادیان مختلف اقدام کرده است. آقایان محمد رضا کدخدایی و محمدرضا باقر زاده با نگاشتن مقاله بررسی حکم سنگسار از منظر فقه و حقوق بشر (۱۳۹۰) به بررسی شرایط زنای مستوجب سنگسار و شرایط اثبات آن پرداخته‌اند. آقای

سید حسین هاشمی مقاله‌ای با عنوان قتل در فراش (۱۳۸٤) به رشته تحریر در آورده و در آن به بررسی ماده ٦۳۰ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ پرداخته است. اخیراً نیز آقای دکتر عادل ساریخانی مقاله‌ای با عنوان فلسفه احصان در جرائم جنسی مستوجب حد با محوریت قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ (تابستان ۱۳۹٦) به رشته تحریر در آورده و در آن به بررسی تأثیر احصان در جرائم زنـا و لـواط و تفخیـذ و مسـاحقه پرداخته است.

با عنایت به تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ هیچ کدام از آثار فوق به ابهامات موجود در مواد ۲۲٦ و ۲۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و هم چنین مبانی روایی و فقهی اسـباب تحقـق و زوال احصان نپرداخته‌اند. بر این اساس تحقیق حاضر از این جهت می‌توانـد دارای نتـایجی جدیـد و غیـر مسبوق باشد.

معنای لغوی احصان

تعبیر «احصان» در ساختارهای محصنات، محصنین، احصنّ، احصنت و... در آیات زیـر و چنـد آیـه دیگر از قرآن کریم بکار رفته است. یکی از این آیات، آیه شریفه ۲٤ از سوره مبارکه نساء است که می‌فرماید «وَ الْمُحْصَناتُ مِنَ النِّساءِ إِلاَّ ما مَلَکَتْ أَیمانُکمْ» در این آیه کلمه «محصنات» با توجه به این که عطف بـر آیه قبل و کلمات امهات و غیره است، به معنای زنان شوهر دار است. هم‌چنین کلمه «محصنین» در این آیه به معنای مردان پاکدامن است. آیه دیگری که در سوره نساء آمده و در آن به یکی از مشتقات کلمه «حصن» اشاره شده است، آیه ۲۵ است. «فَإِذا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَینَ بِفاحِشَـةٍ فَعَلَـیهِنَّ نِصْـفُ مـا عَلَـی الْمُحْصَـناتِ مِـنَ الْعَذابِ...» کلمه «احصن» در این آیـه شـریفه بـه معنـای «ازدواج کـردن زنـان» اسـت. هم‌چنـین کلمـه «محصنات» در این آیه به معنای «زنان پاکدامن» است.

دیگر مشتقات کلمه «حصن» که در آیاتی مانند آیه ۵ از سوره مبارکه مائده و ۹۱ سوره مبارکه انبیاء و نیز ٤ سوره مبارکه نور آمده است، به معنای پاکدامنی است.

ماده «حصن» در لغت به معنای منع و جلوگیری است و «احصان» در باب افعال به معنای مانع شـدن و محکم کردن دژسازی است. حصان به عنوان صفت برای زن به معنای عفیف و پاکـدامن و نیـز متـزوج و دارای شوهراست. احصان به وسیله اسلام، پاکدامنی و حریت و تزویج حاصل می‌شود. (ابـن منظـور، ۱۳/ ۱۱۹) قاموس قرآن حصن را این گونه معنی می‌کند «حصن، قلعه و جمع آن حصون است مثل وَ ظَنُّواْ أَنَّهُـم مَّانِعَتُهُمْ حُصُونهُم مِّنَ الله... (حشر/ ۲) لَا یقَاتِلُونَكمْ جَمِیعًا إِلَّا فِی قُرًى محصَّنَةٍ (حشر/۱٤) مراد شهرهای مستحکم و حصار شده است یعنی کارزار نکنند با شما مگـر در آبادی‌هـای مسـتحکم و حصـار دار. ایـن

معنای اوّلی حصن است سپس به‌طور مجاز چنان‌که راغب گوید در هر تحفّظ و نگه داشتن بکار می‌رود. به کسی که خود را از بی عفّتی حفظ کند گوئیم محصن و به زنی که در اثر شوهر دار بودن و یا عفّت، خـود را از بی عفّتی نگه دارد محصنه (بصیغه فاعل و مفعول) گویند. به صیغه فاعل از آن جهت کـه خـود را از بـی عفّتی باز می‌دارد و به صیغه مفعول از آن سبب که از بی عفّتی بـاز داشـته شـده اسـت» (قرشـی، ٢/ ١٤٩) حصن در مقاییس اللغه به معنی نگه داری و دیوار و حرز داشتن آمده اسـت (ابوالحسـین، ٢/ ٦٩) از نظـر المصباح المنیر حصن به مکانی گفته می‌شود که به خاطر ارتفاع زیاد آن کسـی توانـایی بـالا رفـتن از آن را ندارد (فیومی، ٢/ ١٣٩) اصل احصان منع است و زن با اسلام و عفاف و آزادی و ازدواج محصـنه می‌گـردد (مصطلحات الفقه، ٤٥) دیگر معنی احصان، عفت و اجتناب از وقـوع در کـار حـرام و نیـز ازدواج اسـت. (عبدالرحمان، ١/ ٨٣).

شروط احصان

١. امکان تمتع

شرط امکان تمتع زوج با عبارات مختلفی ذکـر شـده اسـت از جملـه عبـارت «یغـدو علیـه و یـروح» صحیحه ابن سنان از امام صادق علیه السلام «قلت: ما المحصن ..... قال (ع): من کان له فرج یغدو علیـه و یروح فهو محصن» (حرعاملی، ٢٨/ ٦٨). روایت صحیحه ابن سنان کـه می‌گویـد از امـام صـادق علیـه السلام پرسیدم محصن کیست؟ فرمود: کسی که همسری دارد و هر صبح و شام با او نزدیکی می‌نماید این شخص محصن است.

دو واژه «غدو» و «رواح» همان طور که ازهری و دیگران گفته‌اند در نزد عرب، کنایه از هر زمان از شب یا روز می‌باشند.» (فیومی، ٢/ ٢٤٣).

مقصود از امکان تمتع از اول صبح تا آخر شب چیست؟

آیت الله خوئی در این خصوص چنین می‌فرماید «از روایات این باب استفاده می‌شود که غیبـت و دور بودن مرد از زن یا زن از شوهر خصوصیتی ندارد، بلکه ملاک و معیار این است که امکان تمتع و بهره بـردن جنسی در هر زمان که بخواهد و اراده کند، برای او وجود نداشته باشد. همان‌گونه که معنای سخن امام علیه السلام در روایت صحیحه اسماعیل بن جابر بود که فرمودند «من کان له فرج یغدو علیه و یروح» بنـابراین هرکسی که امکان تمتع و بهره وری جنسی از همسرش را نداشته باشد، خواه این عدم امکان به جهت سـفر باشد یا زندان و موارد شبیه به آن و خواه مسافت سفر به اندازه مسافت شرعی (هشت فرسخ) باشد یا کمتـر از آن، غیر محصن محسوب می‌شود و هر کس که امکان تمتع جنسی از همسرش راداشته باشد، هرچندکـه

مسافر باشد و سفرش نیز به اندازه مسافت شرعی باشد، محصن محسوب می‌شود. ملاک احصان و عدم احصان این است که امکان تمتع جنسی زن و شوهر از یکدیگر وجود دارد یا خیر؟ برخی از روایات روی حضور یا غیاب زوج و زوجه کنار هم تکیه کرده‌اند اما باید گفت حضور و غیاب نقشی ندارد بلکه نوعاً حضور وسیله تمکن و غیبت موجب عدم تمکن است.» (موسوعه ٤١/ ٢٤٥).

شهید ثانی می‌گوید «احصان یعنی این که مرد هر صبح و شام امکان تمتع داشته باشد و اگر دور از همسرش باشد، به طوری که در یکی از آن‌ها (صبح و شام) امکان تمتع نداشته باشد یا این که در حبس باشد به طوری که امکان رسیدن به همسرش را نداشته باشد، محصن محسوب نمی‌شود، هر چند قبل از آن با همسرش نزدیکی کرده باشد و در دوری فرقی بین مسافت کم و زیاد وجود ندارد.» (الروضة البهیه، ۹/ ۷۷).

ابن ابی عقیل محصن را این‌گونه تعریف می‌نماید «محصن کسی است که همسری آزاد و مسلمان دارد که هر صبح و شام با او نزدیکی می‌کند.» (ص، ١٦٦). سید مرتضی می‌فرماید: «احصان موجب رجم در زنا، عبارت است از این که مرد دارای زوجه یا ملک یمین باشد و تمتع از او هر وقت که بخواهد امکان داشته باشد بدون این که حائلی مانند غایب بودن یا مرض یا حبس در میان باشد» (ص، ٥٢١) هم‌چنین قاضی ابن براج بیان می‌دارد «حد احصان در مرد این است که فرجی در اختیار داشته باشد که از آن بهره ببرد و احصان در زن این است که شوهری داشته باشد که صبح و شام با او نزدیکی کند.» (۲/ ٥١٩). شیخ طوسی در المبسوط فرموده است «حد احصان نزد ما این است که شخصی که حر، بالغ و عاقل است دارای زنی باشد که «غدوا و رواحا» از او متمتع باشد.» (۳/ ۸). صاحب جواهر می‌گوید «احصان مرد حاصل نمی‌شود مگر به این‌که زانی، بالغ و حر بوده و زن دائمی یا کنیزی داشته باشد که از قبل با او نزدیکی کرده باشد و صبح و شام به او دسترسی داشته باشد.» (٤١/ ٢٦٩) شرایط احصان از دید گاه شهید ثانی هشت مورد است ۱- اصابت یا وطی ۲- واطی، بالغ باشد ۳- واطی، عاقل باشد ٤ - واطی، حر باشد ٥- وطی، به فرج (قبل) باشد ٦ - عقد، دائم یا ملکیت باشد ۷- تمکن به صورت غدو و رواح باشد ۸- اصابت یا وطی، معلوم و محرز باشد. (الروضة البهیة، ۹/ ۷۲).

از نظر محقق حلی احصانی که رجم با آن واجب می‌شود اثبات نمی‌شود مگر اینکه زانی بالغ و آزاد باشد و از قبل با همسر دایمی یا کنیز نزدیکی کرده باشد و صبح و شام امکان بهره جستن از او را داشته باشد (شرائع السلام، ٤/ ۱۳۷).

عبارت دیگری که در بیان امکان تمتع در لسان امام آمده است، «عنده ما یغنیه» است. صحیحة حریز قال سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن المحصن قال «فقال الذی یزنی و عنده ما یغنیه» (حرعاملی، ۲۸/

٦٩) (در مورد محصن از ایشان سؤال کردم فرمود: کسی کـه زنـا می‌کنـد در حـالی کـه همسـری دارد کـه نیازهای وی را برطرف می‌نماید). شیخ مفید بر اساس این روایت محصن را ایـن گونـه تعریـف می‌نمایـد: «محصن کسی است که همسر یا کنیزی دارد که او را از دیگر زنان بی نیاز می‌سازد و امکان نزدیکی بـا وی را داراست.» (مفید، ٧٧٥) در این حدیث علت محصن شناخته شدن شخص، دسترسی به همسـر شـرعی برای تمتع است. با این توضیح که شخصی که علی‌رغم امکان اسـتفاده از همسـر شـرعی خـود، اقـدام بـه ارتکاب عمل منافی عفت زنا که در شرع اسلام حـرام و مـذموم بـوده و تـوالی فاسـد زیـادی بـرای جامعـه اسلامی دارد، می‌نماید، مستحق مجازات اشد است.

روایت دیگری که برای بیان چگونگی امکان تمتع، معیار به دست می‌دهد، صحیحة محمّد بـن مسـلم است که می‌گوید: سمعت أبا عبد اللّه (علیه السلام) یقول: «المغیب و المغیبة لـیس علیهمـا رجـم، إلّا أن یکون الرجل مع المرأة و المرأة مع الرجل» (حرعاملی، ٢٨/ ٧٢) (محمد بن مسلم می‌گوید از ابا عبداللـه شنیدم که می‌فرمود: زن و مردی که از همسران خود دور هستند، رجم نمی‌شوند مگر این که مرد با زن و زن با مرد خودش باشد). از این روایت شریفه شرط امکان تمتع برای احصان زن نیز، استفاده می‌شود.

فاضل لنکرانی برای هریک از روایات باب، ضابطه‌هایی بیان می‌نماید. ایشان ضابطه روایت اسـماعیل بن جابر را «یغدو علیه و یروح» و منظور از آن را امکان تمتع در مجموع شب و روز می‌داند نه اول صـبح و آخر شب (که معنای لغوی عبارت است) و این که منظور، امکان تمتع است نه فعلیـت نزدیکـی و ضـابطه موثقه اسحاق بن عمار را «عنده مایغنیه» و بـه معنـی در اختیـار بـودن فـرج (همسـر) می‌دانـد. و ضـابطه صحیحه محمد بن مسلم را «کونه معها» و به معنی در اختیار بودن نه همراه بودن (که معنای لغوی عبـارت است) و ضابطه برخی دیگر از روایات را «در یک شهر بودن زوج و زوجه» می‌داند (ص، ٥٣).

ایشان در مجموع علاوه بر اینکه ملاک اصلی احصان را امکان تمتع می‌داند، ملاک امکان تمتع را نیز، عرف معرفی می‌نماید.

٢. امکان تمتع زن

قانون‌گذار با در نظرگرفتن این نکته که نزدیکی بر اساس روایات و منابع فقهی معتبر (به جز یـک شـب در هرچهار ماه)، حق زن نیست، در تعریف احصان زن، از عبارت «امکان جماع از طریق قبل را بـا شـوهر داشته باشد» استفاده کرده است این درحالی است که درتعریف احصان مرد از عبارت «هر وقت بخواهـد» استفاده نموده که حکایت از محـق دانسـتن مـرد در نزدیکـی دارد. ذیـلاً بـه تبیـین معنـای دقیـق ایـن قیـد می‌پردازیم.

صاحب جواهر در این باره می‌گوید: «و علی کل حال فما یعتبر فی إحصان الرجل معتبر فـی إحصـان

المرأة لکن المراد من تمکنها من الزوج إرادته الفعل علی الوجه المزبور، لا إرادتها متی شاءت ضرورة عدم کون ذلک حقا لها» (۴۱/ ۲۷۷) معنای تمکن زن از شوهر این نیست که هر زمان اراده زن تعلق گرفت مرد به او دخول کند این معنا در صورتی صحیح است که وطی حق زن باشد در حالی که می‌دانیم وطی حق مرد است و نه زن بلکه مراد از تمکن زن این است که مرد در اختیارش باشد وهر وقت مرد تمایل به وطی پیدا کرد با او نزدیکی کند.

از نظر آیت الله خوئی در احصان زن نیز آزادی و این‌که همسر دائمی داشته باشد که با وی نزدیکی کرده، شرط است در این صورت اگر زن زنا کند سنگسار می‌شود(موسوعه ۴۱/ ۲۴۵). همان طورکه ملاحظه می‌شود در تعریف خوئی از احصان، «قید امکان جماع با شوهر» ذکر نشده است.

در ذیل برخی از روایاتی که در آن‌ها به موضوع حق جماع برای زن، اشاره شده است را ذکر می‌نماییم.

صفوان بن یحیی از امام رضا علیه السلام پرسید «آیا شخصی که همسر جوانی دارد و ماه‌ها و حتی یک سال با او نزدیکی نمی‌کند، گناه کار است؟ حضرت فرمودند اگر چهارماه نزدیکی با او را ترک کند، گناه کار است» و در روایت دیگری با همین مضمون آمده است «مگر این که با اذن همسرش نزدیکی را ترک کرده باشد که در این صورت گناه کار نیست». (حرعاملی، ۲۰/ ۱۴۰ – ۱۴۱).

محمد بن علی بن الحسین از محمد بن قیس از ابا جعفر علیه السلام روایت می‌کند که ایشان در مورد مردی که با زنی ازدواج نمود و زن شرط کرد که حق نزدیکی و حق طلاق را داشته باشد، فرمودند، این زن با سنت مخالفت کرده است و متولی حقی شده است که اهلیت آن را ندارد و این گونه حکم کرد که مهریه بر عهده مرد است و حق نزدیکی و طلاق هم با مرد است (همو، ۲۱/ ۲۸۹).

محمدبن علی بن الحسین از حسن بن محبوب از ابراهیم کرخی نقل می‌کند که اظهار داشت «از امام صادق علیه السلام در مورد حکم مردی که چهار زن دارد و در سه شبی که نزد سه تن از آن‌ها می‌خوابد با آن‌ها نزدیکی می‌کند ولی وقتی نزد زن چهارم می‌خوابد با او نزدیکی نمی‌کند، سؤال کردم آیا این مرد گناه کرده است؟ حضرت فرمودند مرد وظیفه دارد شب تا صبح نزد زن بخوابد ولی وظیفه ندارد با او نزدیکی کند اگر نخواهد». (همو، ۲۱/ ۳۴۲ – ۳۴۳).

همان طورکه ملاحظه می‌شود این حدیث دلالت صریح بر عدم وجوب نزدیکی مرد با زن دارد و از آن حق جماع نداشتن زن استفاده می‌شود.

برخلاف نظریه صاحب جواهر به نظر نگارندگان، نقش اراده و تمایل زن برای نزدیکی، به عنوان یک تقاضا نه به عنوان یک حق، ملحوظ نظر شارع است با این توضیح که در مواردی که زن شوهردار متهم به زنا است، قضات رسیدگی کننده به پرونده باید این مسأله را تحقیق کنند که آیا در زندگی زناشویی هر زمان

که زن میل به نزدیکی داشته و از شوهر خود درخواست نزدیکی نموده، شوهر ایـن تقاضـا را اجابـت کـرده است یا خیر؟ و این که آیا نیاز جنسی زن (هر وقت که تقاضا نموده است) توسط شوهرش مرتفع شده است یا خیر؟ احراز این امر که نیاز جنسی زن با این وصف از سوی شوهرش مرتفع نشده است، فقط می‌تواند او را فاقد وصف احصان نموده و مآلا از حد رجم برهاند لکن این موضوع به معنی محق بودن وی برای جماع و اثبات کننده این حق نیست.

النهایه آن چه که از مجموع روایات و نظرهای فقها استفاده می‌شود این است کـه شـرط اصـلی تحقـق احصان، امکان تمتع مرتکب زنا از همسرش می‌باشد که با عبارت‌های مختلف در بیان روایات و فقها آمده است.

۳. زوجیت

زوجیت در اسلام به سه صورت دائم، موقت و ملک یمین محقق می‌شود. در این کـه زوجیـت دائـم و ملک یمین موجب احصان هستند، در بین فقها اختلاف نظـری وجـود نـدارد. لکـن در خصـوص اقتضـاء همسر موقت برای حصول احصان، اختلاف نظر وجود دارد که ابتدائا به بررسی روایات و سپس دیدگاه فقها در این خصوص می‌پردازیم.

روایات در این خصوص دو نوع هستند. روایاتی که به طور مطلق و بدون اشاره بـه نـوع زوجیـت وارده شده‌اند و روایاتی که متعه را موجد وصف احصان نمی‌دانند. در ذیـل بـه نمونـه‌هایی از هـردو قسـم اشـاره می‌کنیم.

الف: روایات مطلق:

روایت صحیحه ابن سنان که می‌گوید از امام صادق علیه السـلام پرسـیدم محصـن کیسـت؟ فرمـود: کسی که همسری دارد و هر صبح و شام با او نزدیکی می‌نماید این شخص محصـن اسـت.» (حرعـاملی، ۶۸/۲۸).

صحیحة حریز که می‌گوید «در مورد محصن از ایشان سؤال کردم فرمود: کسی که زنا می‌کند در حالی که همسری دارد که نیازهای جنسی وی را برطرف می‌نماید» (همو، ۲۸/ ۶۹).

صحیحه محمد بن مسلم که می‌گوید «از ابا عبدالله شنیدم که می‌فرمود: زن و مـردی کـه از همسـران خود دور هستند، رجم نمی‌شوند مگر این که مرد با زن و زن با مرد خودش باشد».

صحیحة عمر بن یزید از أبا عبد اللّه (علیه السلام) که فرمود «شخصی که از همسرش دور است رجم نمی‌شود» (همو، ۲۸/ ۷۸).

صحیحة أبی عبیدة از أبا جعفر (علیه السلام) که فرمود «امیر المومنین علیه السلام در مورد مردی کـه

همسری در بصره داشت و وی (مرد) درکوفه مرتکب زنا شد، حکم کرد که رجم از او برداشته شود و فقط یکصد ضربه تازیانه بر او زده شود. و هم‌چنین در مورد مردی که در زندان حبس شده بود و زنی داشت که در منزلش در شهر بود و به او دسترسی نداشت و در زندان مرتکب زنا شد نیز حکم به برداشته شدن رجم و تحمل یکصد ضربه تازیانه نمودند» (همو، ۲۸/ ۷۳).

صحیحة محمّد بن مسلم که می‌گوید از أبا عبدالله شنیدم که می‌فرمود «زن و مردی که از همسران خود دور هستند، رجم نمی‌شوند مگر این که مرد با زن و زن با مرد خودش باشد» (همو، ۲۸/ ۷۲).

ب: روایاتی که در آن‌ها به احصان آور نبودن عقد نکاح موقت اشاره شده است:

الف: معتبرة إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهیم (علیه السلام) عن الرجل إذا هو زنی ... قلت: فإن کانت عنده امرأة متعة أ تحصنه؟ «فقال: لا، إنّما هو علی الشیء الدائم عنده» (همو، ۲۸/ ٦۸). روایت معتبره اسحاق بن عمار که می‌گوید: از ابا ابراهیم علیه السلام سؤال کردم در مورد مردی که زنا می‌کند اگر همسر موقتی داشته باشد آیا او را محصن می‌گرداند که ایشان فرمودند خیر احصان با همسر دائم محقق می‌شود. خوئی در استدلال شرط بودن دوام زوجیت به این روایت و اتفاق نظر فقها استناد می‌نماید.

ب: صحیحة عمر بن یزید عن أبی عبد اللّٰه (علیه السلام) فی حدیث «قال: لا یرجم الغائب عن أهله، و لا المملّک الذی لم یبن بأهله، و لا صاحب المتعة» (همو، ۲۸/ ٦۸) روایت صحیحه عمر بن یزید از ابا عبد الله علیه السلام که فرمود: شخصی که از همسرش دور است و هم‌چنین کسی که ملک یمینی دارد ولی با او نزدیکی ننموده است و نیز شخصی که زنی در عقد موقت دارد، رجم نمی‌شوند.

همان طور که ملاحظه می‌شود اکثر روایات به طور مطلق داشتن زوج یا زوجه ای (صرف نظر از دائم یا موقت بودنش) که نیاز جنسی (در وقت اراده و میل) را برطرف نماید، موجد وصف احصان دانسته‌اند.

سید مرتضی می‌فرماید «نکاح موقت نزد ما بر اساس قول صحیح موجب تحقق احصان نیست چرا که این نکاح غیر دائم است و معلق بر اوقات محدودی است.» (سید مرتضی، ۵۲۱).

این سخن سید مرتضی مشعر بر این است که نظر مخالفی هم وجود دارد که متعه را موجب تحقق احصان می‌داند هرچند که صاحب جواهر (صاحب جواهر، ٤۱/ ۲۷۰) و تبریزی (تبریزی، ۲۷) فرموده‌اند نظر مخالفی نیافته‌اند.

امام خمینی در خصوص شرط دوام زوجیت می‌فرماید «از شرایط تحقق احصان این است که دخول به واسطه عقد صحیح باشد بنابراین احصان با وطی به زنا و شبهه محقق نمی‌شود و هم‌چنین با عقد موقت هم محقق نمی‌شود، هر چند که صبح و شام با او جماع نماید.» (امام خمینی، ۲/ ٤۵۸).

از نظر آیت الله منتظری نیز متعه موجب تحقق احصان نیست. ایشان با استناد به عبارت «انما هو علی

الشی الدائم عنده» از روایت فوق می‌فرماید: عدم دوام متعه واضح است (ص، ١٦).

این در حالی است که محقق اردبیلی در این خصوص نظر متفاوتی دارد ایشان می‌گوید «از مجموع روایات، دانسته می‌شود که معیار و ملاک تمکن از فرج و وصول به آن چه متعه باشد چه ملک یمین، یکی است البته می‌توان متعه‌ای که زمان قلیل باشد را نفی کرد و گفت احصان با آن محقق نمی‌شود. یعنی اگر مدت متعه طولانی باشد، موجب احصان است.» (١٣/ ١٨).

تبریزی نیز هم سو با نظر محقق اردبیلی متعه طولانی مثل متعه بیست تا صد ساله را که برای جلوگیری از توارث، به صورت موقت انشاء می‌شوند، را موجب تحقق احصان می‌داند. ایشان در رد این استدلال که صرف طولانی بودن مدت، عقد نکاح را دائم نمی‌گرداند و آثار نکاح دائم از جمله توارث زوجین از همدیگر و وجوب پرداخت نفقه زوجه از سوی زوج را بر آن مترتب نمی‌سازد، به عبارت «أن یکون عنده الشی الدائم» که در روایات باب آمده است، استدلال می‌کند (ص، ٢٨). به این معنی که ملاک احصان حضور دائمی زوجه نزد زوج است که در متعه طولانی این ملاک حاصل است.

صاحب جواهر دلیل عدم تحقق احصان با متعه را چهار امر بیان می‌نماید: اول اصل، دوم احتیاط، سوم اعتبار و چهارم اخبار (٤١/ ٢٧٠).

آیت الله گلپایگانی در شرح و تحلیل دلایل صاحب جواهر می‌گوید: «منظور از اصل، اصل عدم تخصیص آیه زناست چرا که آیه زنا، مجازات زنا را مطلق یکصد ضربه تازیانه (ظاهراً در متن به اشتباه هشتاد ضربه قید شده است) بیان فرموده و تحمیل مجازات رجم، نیازمند دلیل است که در خصوص همسر دائم دلیل قطعی وجود دارد لکن زانی که همسر موقت دارد معلوم نیست از تحت اطلاق این آیه خارج شده است یا خیر و این‌که آیا آیه با این قید تخصیص خورده است یا خیر بنابراین اصل، عدم تخصیص است. هم‌چنین از نظر ایشان منظور صاحب جواهر از احتیاط، همان احتیاط در دماء و فروج است که ایشان این دو دلیل و نیز دلیل اخبار را می‌پذیرند لکن در نقد دلیل سوم (اعتبار) می‌فرماید که اعتبار از ادله اثبات حکم شرعی نیست، مضافاً این‌که ممکن است گفته شود اعتبار، خلاف این نظر را (عدم تحقق احصان با متعه) اقتضاء دارد یعنی اعتبار مقتضی تحقق احصان با متعه است چرا که مردی که زن موقت دارد از نظر عرف این شخص زنی دارد که او را از انجام کار حرام (زنا) بی نیاز می‌گرداند و عرف در صورتی که مرد از همسر موقت خود به صورت غدو و رواح امکان تمتع داشته باشد، موافق با تحقق احصان با عقد موقت است.» (١/ ٧٤).

لنکرانی برای اثبات عدم تحقق احصان با متعه علاوه بر احتمال اتفاق نظر فقها در این خصوص به دو روایت موثقه اسحاق بن عمار و روایت عمر بن یزید که امام علیه السلام فرموده‌اند «لا یرجم الغائب عن

أهله، و لا المملک الذی لم یبن بأهله، و لا صاحب المتعة» استناد نموده است (ص۵۲).

صاحب جواهر برای اثبات عدم تحقق احصان با متعه به روایت موثقه اسحاق بن عمار استناد می‌کند. در این موثقه آمده است: سألت أبا إبراهیم (علیه السلام) عن الرجل إذا هو زنی و عنده السریة و الأمة یطأها تحصنه الأمة، فقال: نعم إنما ذاک لأن عنده ما یغنیه عن الزناء، قلت: فان کان عنده أمة زعم أنه لا یطأها فقال: لا یصدق، قلت: فان کانت عنده امرأة متعة تحصنه، قال: لا إنما هی علی الشیء الدائم عنده» (۴۱/ ۲۷۰) (حدیث موثقه اسحاق بن عمار که می‌گوید از أبا ابراهیم علیه السلام پرسیدم مردی که زنا می‌کند در حالی که کنیزی دارد که با او نزدیکی می‌کند آیا این کنیز او را محصن می‌گرداند؟ امام فرمود بله چون این مرد نزد خود چیزی دارد که او را از زنا بی‌نیاز می‌نماید. اسحاق می‌گوید در ادامه از امام علیه السلام پرسیدم اگر کنیزی داشته باشد ولی با او نزدیکی نکند چه؟ امام علیه السلام فرمود محصن نیست اسحاق می‌گوید پرسیدم اگر متعه‌ای داشته باشد آیا او را محصن می‌نماید؟ امام فرمود خیر مرد به خاطر چیز دائم که نزد خود دارد محصن می‌گردد).

در نقد استدلال صاحب جواهر به این روایت، به سه نکته می‌توان اشاره کرد. اول این‌که امام علیه السلام در تعلیل تحقق احصان با أمه می‌فرماید چون شخص مرتکب زنا، نزد خودش چیزی دارد که او را از انجام زنا بی‌نیاز می‌کند. بنابراین با وحدت ملاک گرفتن از این تعلیل، می‌توان گفت متعه‌ای که شخص را از انجام زنا بی‌نیاز کند نیز موجب تحقق احصان است چرا که همسر موقت هم مانند همسر دائم می‌تواند شخص را از انجام زنا بی‌نیاز نماید. نکته دوم این‌که این احتمال وجود دارد که منظور امام علیه السلام از این‌که در جواب اسحاق بن عمار که سؤال کرده «اگر نزد او همسر موقتی باشد آیا او را محصن می‌گرداند» فرموده است «خیر» همسر موقتی باشد که «لایطأها» یعنی همسر موقتی که با او نزدیکی نمی‌کند و وصف همان «أمه» را دارد که در سؤال قبلی اسحاق بن عمار است. چرا که می‌دانیم بسیاری از عقود نکاح موقت به انگیزه‌هایی غیر از نزدیکی منعقد می‌شود. ضمن این‌که عبارت «انما هو علی الشی الدائم عنده» نیز موید این استدلال است چرا که ممکن است منظور امام علیه السلام این بوده است که همسر موقت، دائماً نزد شوهر نیست.

نکته سوم که در نقد این نظر می‌توان گفت این است که علیرغم نظر ایشان وصف «دائم» به «حضور» بر می‌گردد و وصفی برای حضور است نه برای عقد، به این معنا که منظور از عبارت «الشئ الدائم عنده» که در روایت آمده است، همسری است که در زمان زوجیت همواره در دسترس باشد نه اینکه کلمه «دائم»، وصف زوجیت باشد. در این صورت همسر موقتی که همواره در دسترس شوهر است بویژه متعه طولانی، می‌تواند شخص را واجد وصف احصان نماید.

النهایه با توجه به این که از فحوای روایات باب احصان و نیز منابع معتبر فقهی کـه تفسـیری از همـان روایات هستند، این گونه استفاده می‌شود که ملاک اصلی احصان و نیـز علـت تحمیـل مجـازات اشـد بـر محصن یا محصنه، امکان تمتع وی است و این که امکان تمتع همان گونه که از همسر دائم وجـود دارد، از همسر موقت نیز قابل تحقق است و در این مورد خصوصیتی که در همسر دائم وجود دارد در همسر موقت نیز موجود است لذا به نظر نگارندگان همسر موقت نیز با جمـع سـایر شـرایط می‌توانـد شـخص را واجـد وصف احصان نماید.

٤. اصابت

از نظر امام خمینی از شرایط احصان، جماع از قبل با همسر است و جماع از دبر بنابر احـوط موجـب تحقق احصان نیست (۲/ ٤٥٧).

صاحب جواهر معتقد است «قید نزدیکی با زوجه، به واسطه اجماع ثابت است. هم‌چنین بخاطر اصل (منظور اصل عدم تخصیص آیه زناست که مجازات زنا را مطلق یکصد ضربه تازیانه بیان فرمـوده و این‌کـه تحمیل مجازات رجم که یک مجازات اشد است نیازمنـد دلیـل اسـت کـه در هنگـام شـک، اصـل، عـدم تخصیص است) و احتیاط در مجازات و روایات صحیح این قید ثابت اسـت. امـا ایـن را محقـق حلـی در مختصر النافع نیاورده است وگفته شده کتاب‌های بسیاری از قدما مانند مقنعه و انتصار وخلاف بـدون ایـن قید هستند. صاحب جواهر درباره عدم این قید در کتب فوق این چنین پاسخ می‌دهد «ممکن است بگوییم این قید، قید غالبی است یعنی غالباً هر کس که زن دارد با او نزدیکی می‌کند و لذا چون این قید، قید غـالبی است نیاز به آوردن آن نیست. اگر چه قید نزدیکی کردن با زوجه، مطابق اصل (عدم تخصـیص) و احتیـاط (دردماء) است اما اگر این مسأله اجماعی نبود خالی از اشکال نبود پس اگر زنی داشته باشد که از دبر بـا او نزدیکی کرده باشد می‌تواند از قبل هم با او نزدیکی کند لذا باید چنین شخصی را محصن دانسـت. (یعنـی اگر فقط از دبر نزدیکی کرده نشان‌گر این است که می‌توانسته از قبل هم نزدیکی کند لذا فعلیـت نزدیکـی از قبل، ملاک احصان نیست بلکه امکان تمتع از قبل، ملاک احصان است). آری اگر نزدیکی از قبـل بـرایش امکان پذیر نباشد، محصن دانستن او مشکل است چون از سیاق روایات چنین معنایی متفاهم نیست. حتی به احتمال قوی می‌توان در محصن بودن شخص، به مطلق نزدیکی کفایت کرد به این نحو که هر جا دخـول شرط باشد، منظور مطلق دخول است و روایات نسبت به دخول اطلاق دارند و حتی شـامل حـال حـیض و احرام و روزه بودن هم می‌شوند لذا اگر در این موارد تغیب حشفه واقع شود، دخول محقق شده لذا احصـان محقق می‌شود.» (٤۱/ ۲۷۱).

در نقد نظریه صاحب جواهر این نکته به نظر می‌رسد که همواره این گونه نیست که هـر کسـی امکـان تمتع از دبر داشت، امکان تمتع از قُبل هم دارد چرا که در زمان حیض زن و یا نفاس، با این که امکان تمتـع

از دبر وجود دارد، نزدیکی از قبل حرام است. ضمن این که اصابتی که احصان آوراست، باید اکمل باشد و اکمل تمتع، در نزدیکی از قبل است به همین دلیل نزدیکی (اصابت) از دبر نمی‌تواند شخص را واجد وصف احصان نماید.

آیت الله منتظری در پاسخ به این اشکال که چرا علیرغم اطلاق کلمه «فرج» که در روایات باب احصان آمده و هم شامل «قبل و هم شامل دبر» می‌شود، نزدیکی از قبل شرط احصان ذکر شده است؟ قائل به تفصیل گردیده است به این صورت که ایشان معتقد است که اگر شخص متمکن از نزدیکی از طریق قبل با همسرش نبوده و به این خاطر از طریق دبر با وی نزدیکی نموده است در این صورت اطلاق روایت «عنده ما یغنیه» شاملش نشده و بنابر این محصن نیست لکن در صورتی که علیرغم امکان تمتع از طریق قبل، از طریق دبر به همسرش اصابت نموده است، در این صورت مشمول اطلاق روایت «عنده ما یغنیه» است و بنابراین محصن می‌باشد (ص، ۱۵).

سوالی که در این قسمت به ذهن متبادر می‌شود این است که آیا صرف نزدیکی و تغیب حشفه برای قید اصابت (نزدیکی) و مآلا احصان کفایت می‌کند یا انزال شرط است؟ و از این موضوع بالاتر این است که آیا صرف انزال کفایت می‌کند یا این‌که اوج لذت باید حاصل شود؟ چرا که می‌دانیم همیشه انزال به معنی حصول اوج لذت نیست. آیت الله گلپایگانی از علامه نقل می‌کند که ایشان تغیب حشفه را شرط تحقق قید اصابت می‌داند لکن انزال از نظر ایشان شرط نیست (١/ ٦٦).

از آن‌جایی که فلسفه تشدید مجازات مرتکب زنا، برای محصن این است که وی هم تمتع جنسی و لو برای یک بار جسته و هم امکان تمتع داشته است، به نظر می‌رسد نهایت لذت مورد نظر باشد، بنابراین در صورتی که از طریق انجام مشاوره با متخصصین سکسولوژی و یا طرق دیگر برای قضات محاکم محرز گردید که مرتکب زنا در نزدیکی با همسر خود به هر دلیل به اوج لذت خود نرسیده است، نمی‌توانند حکم رجم صادر نمایند، ضمن این که در این مورد قاعده درء و اصل برائت و نیز قاعده تفسیر قانون به نفع متهم، موید این نظر است. هم چنین در این خصوص می‌توان به نظر صاحب جواهر اشاره کرد که یکی از دلایل عدم احصان کسی که در زمان صغر با همسرش نزدیکی نموده و در زمان بلوغ مرتکب زنا می‌شود، را نقص لذت بیان می‌نماید (٤١/ ٢٦٩).

اسباب زوال احصان

قبل از ورود به بحث لازم است به این نکته اشاره شود که اسباب زوالی که در ماده ۲۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ذکر شده‌اند، جنبه تمثیلی دارند و این بدان معناست که اسباب دیگری (هرچند در این ماده نیامده باشند) ممکن است از سوی قاضی، مانع تحقق احصان اعلام شوند. ماده ۲۲۷

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برخی از اسباب زوال احصان را این‌گونـه بیـان مـی‌دارد «امـوری از قبیل مسافرت، حبس، حیض، نفاس، بیماری مانع از مقاربت یا بیماری که موجب خطر برای طرف مقابـل می‌گردد مانند ایدز و سفلیس، زوجین را از احصان خارج می‌کند»

۱. مسافرت و حیض: راوندی در فقه القرآن، ملاک غایب بودن را یک ماه می‌داند (۲/ ۳۷۱) هم چنـین روایتی وارد شده است که حد سفری که موجب خروج شخص از احصان می‌شود را، تعیین نمـوده اسـت. در این حدیث عمر بن یزید می-گوید که امام علیه السلام فرمود «شخصی که از همسر خود دور اسـت و هم‌چنین کسی که ملک یمینی دارد ولی با او نزدیکی نکرده است و نیز شخصی که زنـی را در عقـد موقـت دارند، رجم نمی‌شوند. وی می‌گوید از امام علیه السلام سؤال کردم در چه حدی از سفر شخص از احصان خارج می‌شود که امام علیه السلام فرمودند هر گاه نمازش شکسته شد و روزه‌اش افطار گردیـد.» صـاحب جواهر در خصوص این حدیث می‌گوید «عرف بر خلاف این روایت است ایـن روایـت نمی‌توانـد خـلاف عرف را ثابت کند لذا بهتر است ملاک و مقدار غایب بودن را، ملاک عرف بدانیم» (۴۱/ ۲۷۰).

صاحب جواهر از سید بن زهره نقل می‌کند که ایشان میان غایب بودن و حیض بودن فرق گذاشته است یعنی اگر کسی که زنش حائض است زنا کند، محصن اسـت و سنگسـار می‌شـود ولـی اگـر غایـب باشـد سنگسار نمی‌شود چون که حیض طولانی نیست اما غیبت ممکن است طولانی شود دیگر این که مرد از زن حائض خود از غیر قبل می‌تواند متمتع شود ولی از زن غایب نمی‌تواند متمع شود (۴۱/ ۲۷۳).

این نظریه با قید «هر وقت بخواهد امکان جماع داشته باشد» در تناقض است چرا که اقـل حـیض سـه روز است و عدم نزدیکی به مدت سه روز مخصوصاً برای جوانی که به تازگی ازدواج نموده است، عسر آور است و به نظر، نمی‌تواند وی را واجد وصف احصان گرداند.

آیت الله گلپایگانی در این خصوص نکته متفاوتی را بیان می‌نمایند. ایشان می‌فرماید «این‌کـه مرتکـب زنا در ایام حیض با همسرش نزدیکی نمی‌کند به خاطر حکم شرع است اگر وی این‌گونه به حکم شرع اعتنا می‌کند چگونه مرتکب زنا که از نظر شرعی گناهی بزرگ‌تر است و مجازاتی بیشتر از نزدیکی در ایام حیض دارد، می‌شود؟ پس این شخص را نمی‌شود غیر متمکن دانست مگر این‌کـه همسـرش از نزدیکـی در حـال حیض ممانعت کند و وی توان غلبه بر همسرش را نداشته باشـد. هم‌چنـین ایشـان مـلاک تمکـن را عـرف می‌داند و معتقدند تمکن عرفی با حیض منافات ندارد (۱/ ۸۳).

نظر فوق از این جهت قابل نقد است که همیشه این‌گونه نیست که نزدیکی نکردن در ایام حیض صـرفاً به خاطر حرمت آن باشد، بلکه وضعیت فیزیکی و جسمی زن در ایام حیض (داشتن خونریزی) عامل عدم رغبت و مانع نزدیکی مرد با همسرش است لذا از نظر نگارندگان، حـیض، بـه‌طور مطلـق از اسـباب زوال

احصان است و ارتباطی به معتنی یا غیر معتنی بودن شخص به حکم شرعی ندارد چرا که صرف وضعیت جسمانی زن در ایام حیض، مانع تمکن جنسی مرد از قبل است.

۲. حبس: صاحب جواهر برای بیان مانعیت حبس از احصان زن به این روایت استناد می‌نماید: ربیع الاصم می‌گوید «از ابا عبدالله علیه السلام در مورد حکم مردی که زنی در عراق دارد و در حجاز مرتکب زنا می‌شود، سؤال کردم ایشان فرمودند که حد زانی که یکصد ضربه تازیانه است بر او جاری می‌شود لکن رجم نمی‌گردد ربیع در ادامه می‌گوید از امام سؤال کردم اگر این شخص به همراه همسرش در یک شهر بودند لکن مرد در زندان محبوس بود به طوری که نمی‌توانست نزد همسرش برود و همسرش نیز نمی‌توانست نزد وی برود و مرد در زندان مرتکب زنا شود، حکم چیست؟ امام علیه السلام در پاسخ فرمودند این شخص مانند کسی است که از همسرش دور است، یکصد ضربه تازیانه بر او جاری می‌شود» (٤١/ ۲۷۳) در این حدیث شریف حبس به منزله غیبت معرفی گردیده است و همان طور که غیبت شوهر زن را از احصان خارج می‌نماید، حبس او نیز موجب زوال احصان زن می‌شود. امام خمینی در تحریر می‌فرماید «احصان یعنی این که مرد امکان نزدیکی از قبل داشته باشد در هر صبح و شام، پس اگر از همسرش دور و غائب باشد به طوری که امکان نزدیکی نداشته باشد، محصن نیست و هم‌چنین اگردر شهر همسرش باشد لکن به واسطه مانعی از قبیل حبس خودش یا حبس همسرش یا مریضی همسرش امکان نزدیکی نداشته باشد یا این که ظالمی او را از جماع با همسرش منع کند، در این صورت محصن نیست (٤٥٨/٢).

۳. موضوعیت یا طریقیت حبس و مسافرت در زوال احصان: با توجه به این‌که اکنون در برخی از زندان‌های کشور امکان ملاقات شرعی، به این صورت که اتاقی به طور مستقل در اختیار فرد زندانی و همسرش قرار داده می‌شود، وجود دارد، این سؤال مطرح می‌شود که با این حال آیا حبس موجب زوال احصان می‌شود؟

در پاسخ به این سؤال به نظر می‌رسد موضوع یا طریق دانستن حبس و مسافرت موثراست. با این توضیح که اگر حبس و مسافرت را به عنوان مانع امکان تمتع نگاه کنیم، در این صورت طریقیت داشته و با رفع مانعیت، دیگر صرف حبس از اسباب زوال احصان نخواهد بود، لکن اگر صرف حبس و مسافرت را به هر حال از اسباب زوال احصان بدانیم، در این صورت امکان ملاقات شرعی هم نمی‌تواند موجب خروج حبس و مسافرت از عداد اسباب زوال احصان شود.

از توجه به روایات باب احصان و نیز منابع فقهی و تعریف فقها از احصان، مشخص می‌شود که حبس و مسافرت، طریقیت دارند، به این معنی که هرکدام از این اسباب، اگر امکان تمتع باالمعنی الاخص

(نزدیکی از قبل) را از بین ببرند، سبب زوال احصان خواهند شد لکن اگر (مثلاً) زنی علیرغم این که شوهرش در حبس به سر می‌برد به هر طریقی (مثلاً ملاقات شرعی در زندان) امکان تمتع با او را داشته باشد، محصنه بوده و در این مورد، صرف حبس موجب زوال صفت احصان زن نیست.

در این خصوص می‌توان به نظر آیت الله خوئی اشاره نمود که می‌فرماید: «مستفاد از دو روایت صحیحه اسماعیل بن جابر و حریز این است که دوری شوهر از زن و زن از شوهر خصوصیتی (موضوعیتی) ندارد، بلکه ملاک این است که هر وقت خواست و اراده کرد (هریک از آن‌ها) امکان تمتع جنسی نداشته باشد. چنان‌که معنی فرمایش امام علیه السلام در روایت اسماعیل بن جابر که فرمود «من کان له فرج یغدو علیه و یروح» و فرمایش ایشان در روایت حریز که فرمود «و عنده ما یغنیه» و سایر فرمایش‌های ایشان همین است. بنابراین هرکس امکان تمتع نداشت چه به خاطر سفر یا حبس یا امثال آن‌ها و چه این سفر به حد قصر باشد یا نه، این شخص محصن نیست و هرکس متمکن از تمتع باشد و مسافر باشد چه این سفر به حد قصر باشد یا نه، محصن می‌باشد. ایشان در ادامه می‌فرماید: قبول داریم که روایت صحیحه عمر بن یزید که حد سفر برای محصن شدن را حد قصر و افطار می‌داند با این روایات منافات دارد لکن به جهت مخالفتی که با اجماع و اتفاق نظر بین فقهای امامیه و روایات دیگر باب دارد، بنابراین قطعاً بین این روایت و سایر روایات، معارضه وجود دارد لذا به جهت عدم شهرت این روایت و (درمقابل) شهرت سایر روایات ناچاریم از این روایت دست برداریم.» (موسوعه ٤١/ ٢٥١).

همان طور که ملاحظه می‌شود آیت الله خوئی روایتی که حد سفر را حد قصر و افطار بیان نموده و از نظر ایشان برای سفر موضوعیت قائل شده نه امکان تمتع، به دلیل تعارضی که با دیگر روایات مشهور (که همگی دلالت بر موضوعیت امکان تمتع دارند نه صرف سفر و یا حبس)، مطروح می‌داند.

٤. نفاس: بر خلاف قانون مجازات اسلامی، ظاهراً در منابع فقهی از نفاس به عنوان سبب زوال احصان صراحتاً نامی به میان نیامده است لکن نظر به مراتب پیش گفته با توجه به این که در زمان نفاس زن، نزدیکی امکان ندارد، از اسباب زوال احصان محسوب می‌شود.

٥. بیماری: بر خلاف قانون مجازات اسلامی که بیماری را مقید به وجود خطر نموده است، در منابع فقهی (تبریزی، ٣٦) و (فاضل هندی، ١٠/ ٤٥٢) به صورت مطلق بیان شده است که به نظر می‌رسد در این مورد تعیین مصداق بر اساس نظریه‌های پزشکی صورت می‌گیرد. به این معنی که پزشکی قانونی بیماری‌هایی که با نزدیکی برای شخص خطر آفرین است را برای قضات معین می‌نماید.

٦. طلاق: با این که در قانون مجازات اسلامی از طلاق به عنوان مصداقی از اسباب زوال احصان نام برده نشده، لکن در منابع فقهی در این خصوص مفصلاً بحث شده است.

طلاق بائن و رجعی در سببیت زوال احصان با هم متفاوت هستند. بر اساس اجماع فقها با توجه به این‌که در طلاق بائن حتی در زمان عده حق رجوع وجود ندارد و مآلا امکان تمتع جنسی نیز نیست، لذا این نوع طلاق سبب زوال احصان است.

در خصوص طلاق رجعی نیز چون مطلقه رجعیه مانند زوجه است «المطلقه الرجعیه کالزوجه» و مرد هر وقت بخواهد می‌تواند در زمان عده رجوع کند و با مطلقه رجعیه نزدیکی نماید، بنابراین در صورت زنا، مرد محصن خواهد بود.

نکته‌ای که حائز اهمیت می‌باشد، این است که با توجه به این‌که زن مطلق به طلاق رجعی، حقی برای رجوع ندارد (صرف نظر از این‌که بنا به مراتب پیش گفته زن حق نزدیکی هم ندارد) بنابراین صرف اراده وی برای نزدیکی در فراهم شدن امکان تمتع برای وی کفایت نمی‌کند و نیازمند موافقت زوج با درخواست وی برای نزدیکی است، بنابراین در صورت زنای زن مطلق به طلاق رجعی در زمان عده، موافقت زوج با تقاضای وی برای رجوع و مآلا نزدیکی، باید توسط قضات محاکم بررسی شود.

به برخی از نظرهای فقها در این خصوص اشاره می‌نماییم. زانی و زانیه مطلق به طلاق رجعی با جمع دیگر شرایط محصن و محصنه هستند (خوئی، ٤١/ ٢٥٣) و (امام خمینی، ٢/ ٤٥٨). طلاق بائن نیز باعث خروج از احصان می‌شود. هم‌چنین در صورت رجوع زوجه به ما بذل در طلاق خلع در صورتی که زوج قبل از دخول به زوجه زنا نماید محصن شناخته نمی‌شود (خوئی،موسوعه ٤١/ ٢٥٤؛ امام خمینی، ٢/ ٤٥٨؛ حلی، ٤/ ١٣٨).

نتیجه‌گیری

بر اساس آن‌چه گفته شد نتایج بدست آمده را چنین می‌توان تبیین کرد:

۱- این پژوهش به این نتیجه رسید که از روایات باب (همان‌طور که دربیان برخی از فقها آمده است) این گونه استفاده می‌شود که ملاک اصلی در تحقق و زوال احصان امکان یا عدم امکان تمتع می‌باشد.

۲- قید «امکان تمتع از طریق قبل با شوهر» که در تعریف قانون‌گذار از (بند ب ماده ٢٢٦ قانون مجازات اسلامی ١٣٩٢) احصان زن آمده است، با امکان تمتع مرد متفاوت بوده و به معنی محق دانستن زن برای نزدیکی نیست، بلکه به این معنی است که در پرونده‌های موضوع این جرائم، قضات محاکم، در صورتی می‌توانند حکم به رجم زن کنند که احراز نمایند هر زمان زوجه از شوهر خود درخواست نزدیکی نموده است، (به عنوان یک تقاضا نه به عنوان یک حق) شوهر با این تقاضا موافقت کرده است.

۳- با توجه به این‌که بر اساس روایات، ملاک و رکن اساسی تحقق احصان، امکان تمتع مرتکب زنا از

همسرش است و این امکان همان‌طور که در نکاح دائم ممکن است محقق شود، در نکاح موقت نیز امکان تحقق دارد لذا احصان در نکاح موقت نیز مصداق دارد و دوام زوجیت از شرایط احصان نیست.

٤- با توجه به این که ملاک اصلی در احصان، امکان یا عدم امکان تمتع مرتکب زنا از همسرش است و این‌که حبس و سفر که در ماده ۲۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از اسباب زوال احصان قلمداد گردیده‌اند، موضوعیت ندارند، لذا در صورتی که هر یک از آن‌ها (علیرغم وجود)، مانع تمتع جنسی (در زمان اراده همسر) نشوند، زائل کننده وصف احصان نیستند.

منابع

قرآن کریم

ابن ادریس، محمد بن احمد، ***السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی***، قم، دفتر انتشارات اسلامی ، ١٤١٠ ق.

ابن براج، عبد العزیز بن نحریر، ***المهذب***، قم، دفترانتشارات اسلامی ، ١٤٠٦ ق.

ابن فارس، احمد ابن فارس، ***معجم مقائیس اللغة***، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی ، ١٤٠٤ ق.

ابن منظور، محمد بن مکرم، ***لسان العرب***، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع- دار صادر، ١٤١٤ ق.

ابوالصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم، ***الکافی فی الفقه***، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام. ١٤٠٣ ق.

اردبیلی، احمد بن محمد، ***زبدة البیان فی أحکام القرآن***، تهران، المکتبة الجعفریة لإحیاء الآثار الجعفریة، ۹۹۳ ق.

اسکافی، ابن جنید، محمدبن احمد کاتب بغدادی، ***مجموعة فتاوی ابن جنید***، قم، دفتر انتشارات اسلامی ، ١٤١٦ق.

ایروانی، باقر، ***دروس تمهیدیة فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری***، قم، ١٤٢٧ ق.

تبریزی، جواد بن علی، ***أسس الحدود و التعزیرات***، قم، دفتر مؤلف، ١٤١٧ ق.

جزیری، عبد الرحمن- غروی، سید محمد- یاسر مازح، ***الفقه علی المذاهب الأربعة ومذهب أهل البیت وفقاً لمذهب أهل البیت علیهم السلام***، بیروت، دار الثقلین، ١٤١٩ ق.

جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، محمود، ***موسوعة الفقه الإسلامی طبقا لمذهب أهل البیت علیهم السلام***، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ١٤٢٣ ق.

حرعاملی، محمد بن حسن، ***تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة***، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ١٤٠٩ ق.

حلّی، یحیی بن سعید، ***الجامع للشرائع***، قم، مؤسسة سید الشهداء العلمیة، ١٤٠٥ ق.

خمینی، روح الله، ***تحریر الوسیلة***، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، ١٤٠٩ ق.

خوئی، ابوالقاسم، ***مبانی تکملة المنهاج(موسوعه)***، قم، مؤسسة إحیاءآثارالإمام الخوئی، ١٤٢٢ ق.

زحیلی، وهبه بن مصطفی، ***الفقه الاسلامی وادلته***، دمشق، دارالفکر، ١٤٣٦ ق.

سبزواری، عبد الأعلی، ***مهذّب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام***، قم، مؤسسه المنار– دفتر حضرت آیة الله، ١٤١٣ ق.

سلاّر دیلمی، حمزة بن عبد العزیز، ***المراسم العلویة و الأحکام النبویة فی الفقه الإمامی***، قم، منشورات الحرمین، ١٤٠٤ ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، ***الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*** (المحشّی– کلانتر)، قم، کتابفروشی داوری، ١٤١٠ ق.

صاحب جواهر، ***جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام***، بیروت، دار إحیاء التراث العربی، ١٤٠٤ ق.

طباطبایی حائری، علی بن محمد، ***ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل*** (ط– الحدیثة)، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ١٤١٨ ق.

طوسی، محمد بن حسن، ***المبسوط فی فقه الإمامیه***، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ١٣٨٧ ق.

______________، ***النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی***، بیروت، دار الکتاب العربی، ١٤٠٠ ق.

علامه حلّی، حسن بن یوسف، ***إرشاد الأذهان إلی أحکام الإیمان***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٠ ق.

علم‌الهدی، علی بن حسین، ***الانتصار فی انفرادات الإمامیة***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٥ ق.

عمانی، حسن بن علی بن ابی عقیل حذّاء، (٣٢٩ هـ ق)، ***مجموعة فتاوی ابن أبی عقیل***، قم.

فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، ***کشف الرموز فی شرح مختصر النافع***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٧ ق.

فاضل لنکرانی، محمد فاضل موحدی، ***تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة – الحدود***، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ١٤٢٢ ق.

فاضل هندی، محمد بن حسن، ***کشف اللثام و الإبهام عن قواعدالأحکام***، قم، دفترانتشارات اسلامی، ١٤١٦ ق.

فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، ***مفاتیح الشرائع***، قم، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی– ره، ١٠٩١ ق.

فیومی، احمد بن محمد مقری، ***المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی***، قم، منشورات دار الرضی، بی‌تا.

قانون مجازات اسلامی مصوب ١٣٧٠.

قانون مجازات اسلامی مصوب ١٣٩٢.

قرشی، علی اکبر، ***قاموس قرآن***، تهران، دار الکتب الإسلامیة، ١٤١٢ ق.

قطب الدین راوندی، سعید بن عبدالله، ***فقه القرآن***، قم، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی، ١٤٠٥ق.

قمّی، صادق حسینی روحانی، ***فقه الصادق علیه السلام***، قم، دار الکتاب– مدرسه امام صادق علیه السلام، ١٤١٢ق.

گلپایگانی، محمد رضا، ***الدر المنضود فی أحکام الحدود***، قم، دار القرآن الکریم، ۱٤۱۲ ق.

مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، ***حدود و قصاص و دیات***، تهران، مؤسسه نشر آثار اسلامی، ۱۱۱۰ ق.

محقق حلّی، جعفر بن حسن، ***المختصر النافع فی فقه الإمامیة***، قم، مؤسسة المطبوعات الدینیة، ۱٤۱۸ ق.

_______________، ***شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام***، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱٤۰۸ ق.

محمود عبد الرحمان، ***معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة***، بی‌تا.

مشکینی، میرزا علی، ***مصطلحات الفقه***، بی‌تا.

مغنیه، محمد جواد، ***فقه الإمام الصادق علیه السلام***، مؤسسه انصاریان، ۱٤۲۱ ق.

مفید، محمّد بن محمد، ***المقنعة***، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید- رحمة الله علیه، ۱٤۱۳ ق.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، ***مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان***، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱٤۰۳ ق.

مکارم شیرازی، ناصر، ***أنوار الفقاهة-کتاب الحدود و التعزیرات***، قم، انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، ۱٤۱۸ ق.

منتظری نجف‌آبادی، حسین علی، ***کتاب الحدود*** (للمنتظری)، قم، انتشارات دار الفکر، بی‌تا.